

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO



SOFIA SCOPEL FAÇANHA

**A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE À NOVA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

SÃO PAULO
2023

SOFIA SCOPEL FAÇANHA

**A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE À NOVA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Fabrício Felamingo

SÃO PAULO
2023

[Façanha, Sofia Scopel]

[A aplicação da exceção ao princípio da retroatividade à nova lei de improbidade administrativa].
/ Sofia Scopel Façanha]. – 2023.

Orientador (a): Prof. Fabrício Felamingo

Monografia (bacharel) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo.

1. [Administração Pública]
2. [Lei de Improbidade Administrativa]
3. [Direito Administrativo Sancionador]
4. [Retroatividade da norma mais benéfica]
5. [Princípio da irretroatividade]
6. [Segurança jurídica]

SOFIA SCOPEL FAÇANHA

**A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE À NOVA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Data de aprovação: ___/___/___

Banca examinadora:

Prof. Fabrício Felamingo (Orientador (a))
PUC - SP

Dedico esse trabalho aos meus pais, Paulo e Janete, por serem meu exemplo em absolutamente tudo, por todo apoio, amor, carinho e orientação. Esse trabalho é dedicado, ainda, aos meus irmãos, Marina e Felipe, que deixam nossa casa mais barulhenta e feliz todos os dias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Fabrício Felamingo pela paciência e dedicação durante a orientação deste trabalho.

Agradeço à minha família por sempre me incentivarem e ajudarem.

Agradeço a todos os meus amigos que em todos os momentos se fizeram presentes, nas melhores e piores fases, se mostrando tão especiais. Agradeço a compreensão, as broncas, risadas e honestidade sempre.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar o ARE 843989, responsável pela fixação da tese de repercussão geral para o Tema 1199, que possui grande importância para manutenção da segurança jurídica no país, além de tratar da luta contra atos corrupção e improbidade praticadas por agentes públicos. Para tanto, foi traçada um panorama geral sobre a Administração Pública e seus princípios fundamentais, bem como sobre a lei de improbidade administrativa e suas principais alterações com a Lei 14.230/2021. Em seguida, busca-se entender a fundamentação sobre a aplicação (ir)retroativa das normas mais benéficas ao réu no direito administrativo. Por fim, é examinada a fundamentação do ARE 843989

Palavras-Chave:

Administração Pública. Lei de Improbidade Administrativa. Retroatividade da norma mais benéfica. Princípio da irretroatividade.

ABSTRACT

The present work proposes to analyze the ARE 843989, responsible for establishing the thesis of general repercussion for Theme 1199, which is of great importance for the maintenance of legal security in the country, in addition to dealing with the fight against acts of corruption and improbity practiced by agents public. To this end, an overview of Public Administration and its fundamental principles was drawn, as well as the law of administrative improbity and its main changes with Law 14.230/2021. Next, we seek to understand the rationale for the (ir)retroactive application of the most tolerant rules to the defendant in administrative law. Finally, the grounds for ARE 843989 are examined.

Key-words: Public Administration. Administrative Improbity Law. Direito Administrativo Sancionador. Beneficial retroaction of the law. Tenet of retroactivity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

LIA	Lei de Improbidade Administrativa
NLIA	Nova Lei de Improbidade Administrativa
CFRB	Constituição Federal da República Brasileira
AP	Administração Pública
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
AC	Apelação Cível
DAS	Direito Administrativo Sancionador

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES	11
3. LEI DE IMPROBIDADE NO BRASIL	13
4. DISCUSSÃO SOBRE A RETROATIVIDADE DAS LEI MAIS BENÉFICA.....	18
5. ARE 843989	23
6. CONCLUSÃO.....	29
7. REFERÊNCIAS	30

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo central analisar o Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 843989, julgado em 18.08.2022, com relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, cujo conteúdo resolve o dilema acerca da aplicação retroativa da Lei 14.230/21 (BRASIL, 2021), responsável pela alteração de importantes dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) (BRASIL, 1992), a qual foi criada visando o combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos.

O ARE foi o responsável pela fixação da tese de repercussão geral para o Tema 1199:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se nos artigos 9º, 10º e 11º da NLIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada, nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;
- 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Este trabalho buscará traçar uma análise sobre o Tema 1199, trazendo pontos de vistas concordantes e discordantes acerca da irretroatividade da NLIA, em especial em relação aos novos prazos prescricionais e aos artigos 9º, 10º e 11º da Lei 14.230/21 (BRASIL, 2021) que tratam exigência do elemento subjetivo do dolo e a consequente revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa.

Para realização de uma análise mais completa sobre o assunto, será traçado em um primeiro momento um panorama geral sobre assunto, discorrendo acerca da função da Administração Pública e seus princípios norteadores, bem como da importância da criação da LIA em 1992 e as alterações trazidas pela Lei 14.230/21 (BRASIL, 2021).

Em seguida, será demonstrada a explicação que entende pela irretroatividade da norma mais benéfica no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa e a base utilizada pela corrente de pensamento que defende sua retroatividade. Por fim, será analisada a decisão do ARE 843989 e sua fundamentação.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Administração Pública, segundo o Min. Alexandre de Moraes, é definida como “atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgão e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado” (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 91.).

Em outras palavras, configura-se como conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado que objetivam a satisfação das dores da sociedade, como cultura, segurança, educação, entre outras. Trata da gestão dos interesses públicos através da prestação de serviços (BRASIL ESCOLA, s.d).

A Administração Pública possui duas ramificações, a direta e a indireta. A primeira é exercida pelo conjunto dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, órgãos esses que não possuem personalidade jurídica própria, patrimônio ou autonomia administrativa.

A segunda, por outro lado, ocorre quando o Estado transfere a titularidade ou execução de suas tarefas para que outras pessoas jurídicas possam realizá-las, é o caso das autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades de direito privado, as quais possuem personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa.

A CFRB em seu art. 37º determina como princípios da Administração Pública a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

O princípio da legalidade tem como função estipular limites nas ações administrativas, de modo a restringir o exercício alarmado de prerrogativas do Estado, segundo ele a Administração Pública pode apenas praticar atos permitidos por lei. Enquanto para o cidadão permanece a máxima prevista no art. 5º, inciso II da CFRB, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988), o princípio da legalidade preceitua o contrário: é permitido apenas o disposto em texto normativo.

Assim conceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020):

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a

restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2005.)

O princípio da impessoalidade, por sua vez, determina o dever da imparcialidade durante a defesa do interesse público, visando o impedimento de discriminações e privilégios indevidamente concedidos no gozo da função administrativa.

Em seguida, a moralidade prevê que os atos e decisões dos agentes públicos não sejam pautados apenas pela lei, mas também pela boa-fé e honestidade, visando a garantia de um trabalho justo.

Ainda, o princípio da publicidade, expõe a necessidade de divulgação dos atos da Administração Pública. Ele se relaciona com o direito de acesso pelo indivíduo de informações sobre seus interesses especiais, coletivos ou gerais de instituições públicas, salvo em casos de sigilo determinado por lei. O objetivo aqui é manter a transparência entre o cidadão e o Estado.

Por fim, o princípio da eficiência exige resultados positivos, de modo que não é suficiente apenas exercer as funções públicas, deve-se atender de maneira eficaz às necessidades da sociedade.

Ademais, dispositivos como a Lei 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) (BRASIL, 1999), a Lei 8.666/93 (licitação e contrato) (BRASIL, 1993) e a Lei n 8.987/95 (concessão e permissão de serviço público) (BRASIL, 1995) também trazem como princípios da Administração Pública a finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público. Ressalta-se que os referidos princípios almejam o equilíbrio entre os direitos administrados e as garantias da Administração Pública.

3. LEI DE IMPROBIDADE NO BRASIL

A CFRB em seu art. 37º, parágrafo 4º tratou da probidade como direito subjetivo público, cuja natureza é difusa, ou seja, possui natureza indivisível e diz respeito a uma massa indeterminada de pessoas, que não podem ser individualizadas. O dever de probidade advém diretamente do princípio da moralidade previsto no caput do art. 37 e do art. 5º, inciso LXXIII (BRASIL, 1988).

Assim, a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992 (“LIA”), também chamada de Lei de Improbidade Administrativa foi criada visando o combate aos atos de corrupção e de improbidade cometidos por agentes públicos em todas as esferas governamentais, sendo o seu cumprimento extremamente necessário para a garantia da integridade da Administração Pública e justiça social (BRASIL, 1992).

Essa legislação conceitua improbidade como qualquer ato seja ele revestido de dolo ou não, ilegal ou que vá de encontro com os princípios da Administração Pública praticado por agente público, durante o exercício de função pública e estabelece sanções aplicáveis em razão das práticas de atos de improbidade administrativa, como perda da função pública, indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário na forma e nível determinados no texto normativo. É importante ressaltar que indivíduos que não se configuram como agente públicos que participem ou se beneficiem da prática de ato de improbidade também estão sujeitos às penalidades previstas na lei.

A aplicação deste texto legal pode ser provocada através de denúncias apresentadas por qualquer cidadão, sendo o Ministério Público o responsável por seu cumprimento.

Os referidos atos têm como consequência não só a responsabilização civil por meio de processos judiciais como também a abertura de processos administrativos disciplinares.

Em 25 de outubro de 2021, foi publicada a Lei n. 14.230 (BRASIL, 2021), cujo escopo alterou sensivelmente a Lei 8.429/92.

As mudanças podem ser vistas no próprio conceito de improbidade, o qual é conceituado de forma mais específica na NLIA como a conduta funcional dolosa do agente público devidamente tipificada em lei, coberta de fins ilícitos e que tenha como finalidade a obtenção de proveito ou benefício indevido para si ou para outrem, conforme dispõem os artigos 1º, parágrafo 1º, 2º, 3º e 11, parágrafos 1º e 2º do dispositivo supracitado.

Art. 1. O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como

forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:”

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

Antes da criação da Lei 14.230/21, para configuração de ato de improbidade administrativa era necessária a presença de culpa ou dolo genérico, o qual consiste na “mera vontade de praticar o núcleo da ação típica (o verbo do tipo), sem qualquer finalidade específica” (CAPEZ, 2012). No entanto, a partir da NLIA foi criada a exigência de dolo específico (intenção) em conjunto com a finalidade de obtenção de proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade, de modo que estes passaram a ser elementos essenciais para que seja configurado ato de improbidade. Assim, atuação culposa do agente público e danos causados por imprudência, imperícia ou negligência não fazem mais parte desse rol.

Faz-se importante conceituar que o elemento do dolo específico trata da vontade livre e consciente do agente público de agir revestido de má-fé e causar prejuízo ao erário, ferir os princípios da Administração Pública ou enriquecer de maneira ilícita.

Outra mudança bastante sensível e que possui grande impacto na análise procedimentos disciplinares é aquela constante no art. 11 da LIA, que entendia o ato de improbidade administrativa como violação aos princípios da Administração Pública:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.
- VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

Observa-se que se tratava de conceituação aberta, baseada na violação de princípios, acompanhada de um rol exemplificativo do que poderia ser configurado ato de improbidade.

Ocorre que a nova redação do art. 11, embora ainda possibilite a caracterização de improbidade por desrespeito a princípios constitucionais, traz a necessidade de demonstração de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito por parte do agente público, de modo a especificar quais casos poderão ser enquadrados, se tornando um rol taxativo.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

X - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de

forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 5º Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (destacamos).

Além disso, a Lei 14.230/2021 modificou e unificou o prazo de prescrição para propositura da ação de improbidade, que antes era de cinco anos - esta alteração abrangeu todas as hipóteses antes previstas nos incisos revogados deste artigo. O novo prazo para propositura da ação é de oito anos, contados a partir da ocorrência do fato, ou, em se tratando de infrações, da data em que se encerrou sua permanência (BRASIL, 2021).

O parágrafo 4º estabeleceu os chamados marcos interruptivos da prescrição, quais sejam: (i) ajuizamento da ação de improbidade administrativa; (ii) publicação da sentença condenatória; (iii) publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou modifica a sentença de improcedência; (iv) publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência; e (v) publicação de decisão ou acórdão do STF que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

A prescrição intercorrente (que é deflagrada com o ajuizamento da ação) foi adicionada pelo parágrafo 5º do artigo em questão. Seu conteúdo estabeleceu que, verificada uma das causas interruptivas mencionadas no parágrafo anterior, a contagem do prazo prescricional recomeça pela metade do prazo previsto no caput do art. 23, isto é, quatro anos.

É importante enfatizar que a partir da análise dessas mudanças é possível concluir que as modificações supracitadas são benéficas para o réu, dado que ambas lapidam/enxugam as

hipóteses em que uma conduta poderá se enquadrar como ato de improbidade administrativa, além de diminuir o prazo para propositura da ação de improbidade.

4. DISCUSSÃO SOBRE A RETROATIVIDADE DAS LEI MAIS BENÉFICA

Outra alteração promovida pela Lei 14.230/21 importante para a análise proposta pelo presente trabalho é aquela promovida pelo art. 1º, parágrafo 4º da NLIA, que associa o novo texto normativo ao direito disciplinar: “§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.” (BRASIL, 2021)

Define-se o Direito Administrativo Sancionador como a expressão do efetivo poder punitivo do Estado, voltado para a responsabilização do servidor público em sentido amplo e/ou do particular, em órbita não penal.

Assim, após a implementação do novo regime jurídico de improbidade administrativa, foi criada uma grande discussão em torno da possibilidade de aplicação retroativa das alterações trazidas pela Lei 14.230/21, principalmente no que diz respeito à abolição da improbidade culposa e alteração dos prazos prescricionais.

Mesmo antes da reforma tratada pelo presente trabalho, a doutrina administrativa já discorria sobre o tema sendo que parte dela entendia pela tese de semelhança entre os regimes e a possibilidade de aplicação retroativa da norma sancionadora mais benéfica ao réu, estabelecida no art. 5º, XL da CFRB, em razão da ausência de distinção substancial entre infrações administrativas e as infrações de natureza penal:

[...] os dois ramos jurídicos decorrem de um *ius puniendi* estatal único, inexistindo diferenças ontológicas, mas apenas de regimes jurídicos, em conformidade com a discricionariedade conferida ao legislador. (NEVES, Daniel; OLIVEIRA, Rafael. Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2022)

Ainda, segundo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015):

Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento, que boamente sufragamos, de Heraldo Garcia Vitta. (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 21a ed., pp. 805/820, São Paulo, Malheiros, 2006)

Essa posição fora a adotada em 2018 pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 37.031/SP, no qual a entendeu-se que, em se tratando

de diploma legal mais favorável ao acusado, deve-se optar pelo reconhecimento da retroatividade, pois o princípio previsto no art. 5º, XL, da Constituição da República, é aplicável ao texto normativo que rege o DAS.

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição.

III - Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente.

IV - Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se inednos os demais atos processuais.

V - A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

VI - Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido. (BRASIL, 2018)

Nesse sentido também fora julgado pela 6ª Turma do STJ o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 12.539/TO, de relatoria do Ministro Paulo Medina:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSUAL. EFEITO DEVOLUTIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENALIDADE DE SUSPENSÃO. SUCESSÃO DE LEIS. LEGALIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O efeito devolutivo do recurso ordinário não alcança questão de mérito estranha aos autos, que não foi apreciada pela decisão recorrida nem alegada na inicial.

Constitui regra a aplicação da norma vigente à época dos fatos que regula.

A retroatividade da lei que prevê penalidades só tem lugar quando beneficia, necessariamente, a condição do acusado.

No caso, a lei nova que prevê pena máxima de trinta dias de suspensão à exemplo da lei revogada e pena mínima mais elevada que a norma antiga.

Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, 2004)

Seguindo a mesma corrente de pensamento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu na AC nº 10002105420208260480, especificamente sobre a prescrição intercorrente: "Se lei posterior mais benéfica prevê um prazo menor para a prescrição

intercorrente da pretensão punitiva, esta norma deve ter aplicação plena mesmo para fatos anteriores ao início de vigência da norma" (BRASIL, ANO, p.05)

Ainda, o STJ em julgamento de Agravo Interno no RMS 65.486, entendendo a proximidade entre o direito administrativo sancionador e o Direito Penal, percebeu pela retroatividade do prazo prescricional mais benéfico no direito administrativo sancionador.

Defende-se que embora exista concordância quanto à independência entre as esferas administrativa e penal, conforme estabelece o art. 37, parágrafo 4º da CRFB, não há como fazer uma dissociação completa dos tratamentos conferidos aos ilícitos administrativos daqueles dispensados aos ilícitos criminais, principalmente considerando que ambas suas sanções são revestidas de caráter punitivo e repressivo, diferenciando-se, nesse aspecto, dos ilícitos civis, os quais possuem sanções ressarcitórias (BRASIL, 1988).

Ademais, a corrente de pensamento que entende pela retroatividade da lei mais benéfica no campo da improbidade administrativa argumenta que os princípios penais constituem garantias fundamentais dos investigados e réus, de modo que sua aplicação em todos os campos do direito sancionador deveria ser obrigatória, tendo em vista o poder punitivo do Estado.

Há, no entanto, pensadores que argumentam pela irretroatividade da lei mais benéfica no âmbito administrativo, contrapõem que a previsão constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal é regra de exceção, atrelada às peculiaridades do Direito Penal, cujas sanções podem acarretar no cerceamento da liberdade do acusado.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.019.161/SP (BRASIL, 2017), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em 2017, acolheu o entendimento de que a retroatividade da norma mais benéfica em favor do réu é um princípio que concerne apenas o Direito Penal:

Verifica-se, portanto, que a retroatividade da norma mais benéfica em favor do réu é um princípio exclusivo do Direito Penal, onde está em jogo a liberdade da pessoa, admitindo, até mesmo, o ajuizamento de revisão criminal após o trânsito em julgado da sentença condenatória, há qualquer tempo. (p.07)

Seguindo esse raciocínio, entende-se que a retroatividade da lei mais benéfica no campo penalista, prevista no art. 5º, inciso XXXVI, se deu em razão da especificidade do conflito penal e pela violência inerente às penas privativas de liberdade. Assim, a ressalva à regra da irretroatividade advém do dever de contenção máxima do poder estatal de punir na esfera penal.

Desse modo, tendo em vista que as restrições ao direito de liberdade (em sentido amplo) dos investigados por improbidade administrativa não se configuram como gravíssimas como é

o caso das penas praticadas no sistema penal – restrições aos direitos civis e políticos dos investigados por improbidade, proibição de contratação com o poder público, perda do cargo, sanções de natureza patrimonial não se configuram como atentado ao direito de liberdade em seu sentido amplo, dado que a dignidade humana permanece preservada.

Em suma, defendem que as questões humanitárias são a verdadeira justificativa da retroatividade da lei penal mais benéfica, as quais não se fazem presentes perante a ação punitiva estatal nos conflitos existentes no campo do direito administrativo sancionador.

Nesse sentido, dispõe Rafael Munhoz Mello (2007):

[...] A regra é a irretroatividade das normas jurídicas, sendo certo que as leis são editadas para regular situações futuras. O dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas do direito penal, inexistentes no direito administrativo sancionador. Com efeito, a retroatividade da lei penal mais benéfica tem por fundamento razões humanitárias, relacionadas diretamente à liberdade do criminoso, bem jurídico diretamente atingido pela pena criminal. Como ensinam Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, é o princípio do favor libertatis que justifica a retroatividade da lei penal mais benigna, considerando-se a gravidade da prisão e os efeitos que tal medida produz sobre o condenado, só superados pelos efeitos da pena de morte. [...] No direito administrativo sancionador não há espaço para o argumento [...]. Por tais fundamentos, não se pode transportar para o direito administrativo sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva. No direito administrativo sancionador aplica-se ao infrator a lei vigente à época da adoção do comportamento ilícito, ainda que mais grave que lei posteriormente editada. Diversamente do que ocorre no direito penal, assim, não há no direito administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao infrator. (MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 154/155.)

É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.281.027, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, em 2012:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. APREENSÃO E SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA DE NATUREZA EMINENTEMENTE PENAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO SOMENTE NO QUE DIZ RESPEITO A CONDUTAS TIPIFICADAS ENQUANTO CRIME. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A aplicação subsidiária das normas de direito material penal se restringe “Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores” (art. 291 do CTB), e não às infrações de trânsito. Neste sentido: AgRg no REsp 1119091/DF, Rel. Ministro ARNALDO ES TEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 13/06/2012. 2. No entanto, a norma constante no art. 218, III, do Código de Trânsito Brasileiro diz respeito à infração de cunho administrativo consistente na direção em velocidade superior à máxima permitida, não sendo tipificada, naquele dispositivo, enquanto crime (os quais estão dispostos nos arts. 291 e seguintes do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, não há que se falar

na aplicação retroativa do referido dispositivo. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2012)

5. ARE 843989

Como dito, com a vigência da NLIA em outubro de 2021, a controvérsia acerca da retroatividade da lei mais benéfica se tornou ainda mais acentuada. Isso porque, o novo ordenamento jurídico não dispôs acerca das normas de transição, gerando um contexto de bastante insegurança jurídica.

Diante disso, o STF foi provocado a tratar sobre a o dilema da (ir)retroatividade das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021, especialmente relacionado à exigência da presença do elemento subjetivo do dolo e à alteração dos prazos prescricionais, o que resultou na afetação do Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989/PR (Tema 1199), cujo julgamento foi concluído em 18.08.2022.

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPTOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, XL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO NORMATIVA. APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOMENTE A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI, OBSERVADO O RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO COM A FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA O TEMA 1199.

1. A Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, representou uma das maiores conquistas do povo brasileiro no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos.

2. O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF).

3. A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem "induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado".

4. O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados.

5. A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária

legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa.

6. A Lei 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa “natureza civil” retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA).

7. O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – “ilegalidade qualificada pela prática de corrupção” – e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas (artigo 9º da LIA) ou gerar prejuízos ao patrimônio público (artigo 10 da LIA), mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, apesar de ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública (artigo 11 da LIA).

8. A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º.

9. Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa desde a edição da Lei 8.429/92 e, a partir da Lei 14.230/2021, foi revogada a modalidade culposa prevista no artigo

10 da LIA. 10. A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º).

11. O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.

12. Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de “anistia” geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado.

13. A norma mais benéfica prevista pela Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, portanto, não é retroativa e, conseqüentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Observância do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.

14. Os prazos prescricionais previstos em lei garantem a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico; fixando termos exatos para que o Poder Público possa aplicar as sanções derivadas de condenação por ato de improbidade administrativa.

15. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela INÉRCIA do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo.

16. Sem INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO. Sem INÉRCIA não há sancionamento ao titular da pretensão. Sem INÉRCIA não há possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio público.

17. Na aplicação do novo regime prescricional – novos prazos e prescrição intercorrente –, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a IRRETROATIVIDADE da Lei 14.230/2021, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa.

18. Inaplicabilidade dos prazos prescricionais da nova lei às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, que permanecem imprescritíveis, conforme decidido pelo Plenário da CORTE, no TEMA 897, Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN.

19. Recurso Extraordinário PROVIDO. Fixação de tese de repercussão geral para o Tema 1199:

"1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;

2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Trata-se ação civil pública ajuizada em 2006 pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS objetivando a condenação da ré, Rosmery Terezinha Cordova, ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão de sua atuação como procuradora contratada para defender em juízo os interesses do INSS, imputando-lhe conduta negligente na condução dos processos judiciais, nos termos do art. 10, caput, e incisos I, X e XII da LIA.

A recorrente defendeu-se afirmando que os atos praticados não poderiam ser configurados como de improbidade e, ainda, que caso se considere sua conduta como ato ilícito, a pretensão de ressarcimento ao erário estaria prescrita, dado que o prazo de cinco anos teria se esgotado.

Faz-se importante ressaltar que em nenhum momento há referência de conduta dolosa por ter agido mal-intencionada ou de má-fé.

A sentença julgou improcedente o pedido ao entender pela ausência de dolo ou culpa da requerida e consequente ausência de ato de improbidade administrativa.

Embora não tenha definido se a ré atuou com dolo ou culpa, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, antecipou o entendimento de “imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa ocorridos após a Constituição Federal de 1988, sem fazer qualquer distinção quanto ao elemento subjetivo subjacente à conduta do agente ao qual o fato é imputado”.

Na repercussão geral foi colocado em questão se as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 deveriam retroagir para beneficiar aqueles que tenham cometido ato de improbidade administrativa na modalidade culposa, bem como quanto aos prazos de prescrição geral e intercorrente.

O Tema 1199 estabeleceu que as alterações realizadas na LIA não possuem efeitos retroativos, exceto em relação às ações em curso que discutam a improbidade culposa, modalidade que fora revogada do atual ordenamento jurídico. Em suma, o STF, baseando-se no voto de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, instituiu a chamada “irretroatividade parcial” da norma.

O relator reforçou em seu voto a natureza civil dos atos de improbidade, defendendo a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e possível responsabilidade penal, originadas pela mesma conduta, ao utilizar a máxima “sem prejuízo da ação penal cabível”. O relator lembrou, ainda, que o próprio legislador, ao formular a nova norma e alterar o art. 17 da LIA, estabeleceu que se seguisse o procedimento comum do Código de Processo Civil, deixando clara sua natureza civil.

Nesse sentido, o STF no julgamento PET 3240 AgR/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, em 2018, afirmou que:

Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização políticoadministrativa por crimes de responsabilidade.... O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil ” (PET 3240 AgR/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, j. 10/05/18). (BRASIL, 2018)

Além disso, acerca da separação do Direito Penal do Direito Administrativo Sancionador, o Ministro Alexandre de Moraes explica que enquanto o primeiro materializa o *ius puniendi* na seara judicial no juízo criminal, o segundo é aplicado no exercício do *ius puniendi* administrativo, sendo ambos expressões do poder punitivo estatal, porém representando sistemas sancionatórios que possuem lógica operativa distinta. Segundo o relator:

Na impossibilidade de aplicação do Direito Penal ao sistema de improbidade, por expressa determinação constitucional que prevê responsabilidades diversas (CF, art. 37, §4º), a nova lei optou, expressamente, por estabelecer a aplicação do Direito Administrativo Sancionador no âmbito do sistema de improbidade administrativa, reforçando a natureza civil do ato de improbidade. (...)

Na presente hipótese, portanto, para a análise da retroatividade ou irretroatividade não da norma mais benéfica trazida pela Lei 14.230/2021 – revogação do ato de

improbidade administrativa culposo – o intérprete deverá, obrigatoriamente, conciliar os seguintes vetores:

- (1) A natureza civil do ato de improbidade administrativa definida diretamente pela Constituição Federal;
- (2) A constitucionalização, em 1988, dos princípios e preceitos básicos, regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS)
- (3) A aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa por determinação legal;
- (4) Ausência de expressa previsão de “anistia geral” aos condenados por ato de improbidade administrativa culposo ou de “retroatividade da lei civil mais benéfica”;
- (5) Ausência de regra de transição. (p.31)

Diante do exposto, a conclusão do ministro relator foi pela não aplicação do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (p.04).

Seguindo para o próximo ponto, relacionado à irretroatividade do novo sistema prescricional, o relator enfatiza a necessidade da inércia do próprio Estado para que seja configurada a prescrição, sendo esta o perecimento da pretensão punitiva do Estado, em razão de sua negligência, ineficiência ou incompetência.

Assim, defende o Ministro Alexandre de Moraes que a inércia nunca poderá ser determinada por uma lei futura que, reduzindo os prazos prescricionais, exija retroativamente que o poder público cumpra algo até então inexistente:

Na aplicação do novo regime prescricional, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a irretroatividade da nova lei, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa, sob pena de consequências absurdas. (p.44)

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

1. PRESCRIÇÃO. DIREITO INTERTEMPORAL. CASO EM QUE O PRAZO PRESCRIBENTE FIXADO NA LEI NOVA E MENOR DO QUE O PRAZO PRESCRICIONAL MARCADO NA LEI ANTERIOR. FEITA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRIBENTE MARCADO NA LEI NOVA (ISSO A PARTIR DA VIGENCIA DESSA LEI). E SE OCORRER QUE ELE TERMINE EM ANTES DE FINDAR-SE O PRAZO MAIOR FIXADO NA LEI ANTERIOR, E DE SE CONSIDERAR O PRAZO MENOR PREVISTO NA LEI POSTERIOR, CONTADO ESSE PRAZO A PARTIR DA VIGENCIA DA SEGUNDA LEI. 2. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO ASSUNTO. 3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE O STF NEGA CONHECIMENTO. (BRASIL, 1978)

Diante do exposto, o relator concluiu pela irretroatividade do novo regime prescricional na Lei 14.230/21, enfatizando que os prazos prescricionais tratados pela nova lei não devem

ser aplicados às ações de ressarcimento ao erário fundadas em prática de ato doloso previsto na Lei de Improbidade Administrativa, que permanecem imprescritíveis.

Por fim, acerca do caso concreto, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu pela aplicação dos princípios de não extra-atividade e *tempus regit actum* à modalidade culposa do ato de improbidade, no entanto sem que haja condenação transitada em julgado, considerando que não há mais a figura típica imputada pelo Ministério Público (que possibilitaria a continuidade da instrução processual). Além disso, foi declarada a prescrição da referida ação.

6. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho buscou-se analisar o ARE 843989, cujo conteúdo resolve o dilema acerca da aplicação retroativa da Lei 14.230/21, responsável pela alteração de importantes dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

Traçou-se, em um primeiro momento, um panorama geral acerca da função da Administração Pública, da importância da Lei de Improbidade para o Brasil e das alterações realizadas no texto desta.

Foram observados argumentos a favor e contra a retroatividade da Lei 14.230/21, sendo que a decisão final foi pela não retroatividade, salvo nos casos de atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência da Lei 8.429/1992, desde que não haja condenação transitada em julgado (e o processo não se encontre em fase de execução das penas), cabendo ao juízo competente o exame da ocorrência de eventual dolo por parte do agente.

O julgamento foi de extrema importância para manutenção da segurança jurídica no país. Isso porque, reforçou que (i) não há possibilidade de a inércia nunca ser determinada por uma lei futura que, ao diminuir os prazos prescricionais, exija retroativamente que o poder público cumpra algo até então inexistente, que (ii) a Lei de Improbidade Administrativa está situada no âmbito do direito administrativo sancionador, apenas; e que (iii) deve haver separação entre o campo do Direito Penal e o campo do Direito Administrativo Sancionador, esclarecendo que mesmo que ambos tenham natureza punitiva, a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito penalista ocorre devido a especificidade do conflito penal e a gravidade das penas privativas de liberdade (o que não ocorre no DAS).

Em suma, a decisão do STF foi benéfica ao fixar a premissa de que não há como um indivíduo ser prejudicado por uma lei futura, que não existia a época do ato (ou da inércia) e que a exceção ao princípio da irretroatividade da lei é característica exclusiva do direito penal, não havendo mais espaço para tal questionamento.

7. REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. 7ª ed., p. 596)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 79327. Relator(a): Antonio Neder. Primeira Turma. Publicado em: Diário de Justiça, Brasília, DF, 7 nov, 1978.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jun. 1992.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 fev. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 12.539/TO. Relator Ministro Paulo Medina. Sexta Turma. Julgado em 26/05/2004. Publicado em: Diário da Justiça, Brasília, DF, 01 jul. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.281.027. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 18/12/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1019161. Relator(a): Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgado em 02/05/2017. Publicado em: Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 12 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 37.031/SP. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma. Julgado em 8/2/2018. Publicado em: Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 out. 2021.

BRASIL ESCOLA. Administração Pública. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/politica/administracao-publica.htm>. Acesso em 08 de mai. de 2023.

BRASIL. Apontamentos acerca do impacto da nova redação da Lei de Improbidade Administrativa na Análise dos Processos Administrativos Disciplinares regidos pela Lei Nº 8.112, DE 1990. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/nova-lei-de-improbidade>. Acesso em 20 de nov. de 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 16ª ed., p. 224, 2012.

CAVALCANTI, José Paulo. Direito Civil: escritos diversos. Rio de Janeiro: Forense, 1983. In: <https://jus.com.br/artigos/38201/aspectos-gerais-da-prescricao/2>.

CONJUR. STF decide pela irretroatividade parcial da reforma na Lei de Improbidade. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-05/direitos-fundamentais-stf-irretroatividade-parcial-reforma-lei-improbidade>. Acesso em 23 de fev. de 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUIMARÃES, Rafael. A Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada. Leme: Imperium, 2022.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. Revista Estudos Institucionais, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>. Acesso em 03/12/21.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 871.

MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIGALHAS. O dolo específico na nova lei de Improbidade Administrativa. ANO. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/360052/o-dolo-especifico-na-nova-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 18 de mai. de 2022.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, p. 281. 2005

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito Administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, 2020. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>. Acesso em 18 mai. 2022.

OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Administrativo, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

OSORIO, Fábio. Direito Administrativo Sancionador, 5ª ed., São Paulo: RT, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, 1º Vol, p. 435, 2017.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. Administração Pública. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/411/edicao-1/administracao-publica>. Acesso em 10 de mar. de 2022.

SPITZCOVSKY, Celso. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2019.

VITTA, Heraldo Garcia. Curso de Direito Administrativo, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015.